

## L'argomento comparatistico. Un contributo allo studio del ragionamento giuridico

### ABSTRACT

This paper focuses on the practice of making reference to foreign law in legal adjudication. On the one hand, this practice has received overwhelming attention from legal scholars in the last two decades under the headings of “judicial dialogue”, “judicial cross-fertilization” or “constitutional conversation”; on the other hand, a systematic, theoretical picture of this practice is still lacking. The paper aims to bridge this gap by elucidating the structure of legal comparison in judicial decision-making from the point of view of the argumentation theory. To this purpose, the paper examines the various forms of comparative reasoning, identifies the set of their implicit premises and shows under what conditions referring to foreign law in legal adjudication is justified on its own grounds.

### KEYWORDS

Legal Reasoning – Legal Argumentation – Comparative Reasoning – Theories of Comparative Law – Legal Inferentialism.

### 1. INTRODUZIONE

Sebbene l'uso del diritto straniero nella giustificazione delle decisioni giudiziali sia oramai diffuso nelle corti di tutto il mondo, questa pratica continua a suscitare dubbi e perplessità. I giudici sono legittimati a comparare il diritto domestico col diritto straniero per giustificare le loro decisioni? Quando questo accade, il diritto straniero acquista un'autorità *de facto* che muta le caratteristiche dell'ordinamento nel quale la corte opera? E ancora: la pratica di cui stiamo parlando costituisce il sintomo di un radicale cambiamento nel ruolo e nelle prerogative delle corti a livello globale?<sup>1</sup>

1. La letteratura sull'uso del diritto straniero da parte delle corti è cresciuta in modo esponenziale negli ultimi vent'anni, tanto da rendere impossibile fornirne un quadro d'insieme in questa sede. Per una ricostruzione ragionata del dibattito si veda T. Annus, 2004; B. S. Markesinis, 2004; M. Bobek, 2013, 9-18. Una ricerca empirica sull'uso dell'argomento comparatistico nel diritto europeo è stata condotta da M. Gelter, M. M. Siems, 2014; un'indagine ad ampio spettro

Nel dibattito odierno, le risposte a questi interrogativi possono essere ricondotte a tre posizioni principali. Secondo alcuni studiosi, la citazione del diritto straniero nella motivazione della sentenza costituisce un mero esercizio di erudizione che non merita alcuna attenzione da parte del giurista: si tratta di un semplice artificio retorico che le corti adottano da almeno due secoli a questa parte, il quale non ha alcun impatto sugli esiti decisionali né sulla struttura degli ordinamenti<sup>2</sup>. Altri, invece, considerano questa pratica al modo di un morbo pernicioso che indebolisce l'autorità del diritto domestico subordinandolo a qualsivoglia imprevedibile direttiva giuridica sorta in altri ordinamenti, senza con questo produrre alcun effetto positivo sulla qualità delle decisioni giudiziali. Il legislatore dovrebbe dunque vietare, o perlomeno scoraggiare, il riferimento dei giudici al diritto straniero, in modo da preservare la stabilità e l'integrità dell'ordinamento<sup>3</sup>. Al contrario, altri studiosi vedono il fenomeno che stiamo considerando sotto una luce positiva: il frequente richiamo al diritto straniero oggi compiuto dalle corti è il sintomo di un importante cambiamento sia nel modo in cui i giudici concepiscono la loro funzione sia nella struttura degli ordinamenti. In questa prospettiva, la comparazione costituisce uno strumento mediante il quale le corti dialogano tra loro, stabiliscono collegamenti informali tra differenti giurisdizioni, si scambiano informazioni e criteri decisionali, risolvono potenziali conflitti tra ordinamenti, armonizzano i contenuti del diritto su scala globale o costruiscono un corpo sistematico di principi giuridici comuni all'intera umanità<sup>4</sup>.

Osservando questo fenomeno, Frederick Schauer è giunto a sostenere che le norme di diritto straniero – sebbene non siano dotate di forza vincolante al di fuori del loro ambito territoriale di efficacia<sup>5</sup> – abbiano acquisito in molti casi autorità giuridica, al punto da generare una mutazione della natura stessa del diritto contemporaneo: «Le innumerevoli controversie odierne che riguar-

sul fenomeno è fornita inoltre da T. Groppi, M.-C. Ponthoreau, 2013. In questo articolo userò l'espressione «diritto straniero» in un senso molto ampio, tale da includere disposizioni normative, precedenti, decisioni giudiziali e altri materiali giuridici (opinioni dottrinali, distinzioni dogmatiche) che non appartengono, o non sono riconducibili, all'ordinamento nel quale la corte che utilizza l'argomento esercita la propria giurisdizione. Questi materiali vengono utilizzati dalla corte per individuare una o più norme da comparare con le norme domestiche al fine di giustificare la decisione.

2. Si vedano, tra gli altri, D. Fontana, 2001; A. Parrish, 2007.

3. Cfr. A. Scalia, 2004; E. Posner, C. Sunstein, 2006, 137; A. Lollini, 2012a, 977-9. In più di venti Stati degli Stati Uniti sono state presentate proposte di legge volte a vietare la considerazione del diritto straniero da parte delle corti o comunque a scoraggiare questa pratica: si veda M. F. Davis, 2013.

4. Cfr. A.-M. Slaughter, 2000; J. Fedtke, 2006, cap. 3; J. Waldron, 2012, cap. 3.

5. Per efficacia di una norma intendo sia la sua capacità di produrre effetti giuridici sia il permesso o l'obbligo in capo ai giudici di dare ad essa applicazione. Si veda su questo punto R. Guastini, 2014, 249-50.

dano la citazione [del diritto straniero] diventano controversie relative all'autorità del diritto, e dunque alla sua stessa natura»<sup>6</sup>. Secondo Schauer, le norme di diritto straniero sono spesso trattate dalle corti come ragioni per decidere di tipo autoritativo; ovviamente, l'autorità acquisita dal diritto straniero non genera obblighi in capo al giudice, dal momento che la considerazione o il riferimento a norme di altri ordinamenti restano meramente opzionali<sup>7</sup>. Attribuendo forza autoritativa al diritto straniero, tuttavia, le corti starebbero progressivamente modificando la regola di riconoscimento dei loro rispettivi ordinamenti, ovverosia la prassi mediante la quale i giudici e gli altri operatori giuridici individuano le fonti del diritto. Se osservata da questo angolo visuale, pertanto, «la pratica di citare [il diritto straniero] riflette qualcosa di più profondo: un cambiamento in ciò che conta come argomento giuridico. E ciò che conta come argomento giuridico – in opposizione ad argomenti di tipo religioso, economico o politico – contribuisce a determinare cosa il diritto effettivamente sia»<sup>8</sup>.

In questo articolo non discuterò le tesi avanzate da Frederick Schauer: non tenterò dunque di determinare se l'argomento comparatistico sia dotato di un carattere autoritativo oppure meramente persuasivo nella giurisprudenza contemporanea, né se il suo uso stia effettivamente modificando la natura del diritto, comunque questa venga concepita<sup>9</sup>. Lo scopo delle pagine che seguono è assai più circoscritto: utilizzando gli strumenti messi a disposizione dalla teoria del ragionamento giuridico, tenterò di chiarire quali sono le caratteristiche e le funzioni dell'argomento comparatistico nella motivazione della sentenza. A questo scopo, distinguerò versioni diverse di questa tecnica argomentativa, ciascuna delle quali è dotata di una forma e di una funzione tipica; proseguirò poi evidenziando come le premesse di questo argomento rimangano spesso implicite nel ragionamento giudiziale e non vengano dunque giustificate dai giudici. Esplicitando tali premesse, e precisando le loro condizioni di giustificazione, fornirò quindi un quadro teorico generale degli usi di questa

6. F. Schauer, 2008, 1935 (salvo diversa indicazione, i brani in lingua inglese verranno citati nella traduzione mia). Secondo Schauer, una norma giuridica è dotata di autorità se veicola una ragione per agire la cui capacità di giustificare l'azione non dipende dal contenuto della norma – e dunque dai suoi meriti o demeriti sotto il profilo prudenziale, morale, economico, politico ecc. – quanto piuttosto dalla sua fonte. Sulla nozione di *content independent reason for action* si vedano H. L. A. Hart, 1958, 102, 1982, 254-5; J. Raz, 1986, 35-7; L. Green, 1990, 41-62; P. Markwick, 2000.

7. F. Schauer, 2009, 69. Si veda anche R. Bonaugh, 1987.

8. F. Schauer, 2008, 1960.

9. Ho discusso questi temi in D. Canale, 2015, 23-7, saggio di cui il presente scritto costituisce uno sviluppo. Per «carattere autoritativo» di un argomento intendo la circostanza che il ricorso a tale argomento venga considerato dal giudice come una condizione necessaria e/o sufficiente per giustificare la decisione. Sulla nozione di «natura del diritto» nella prospettiva filosofica di Frederick Schauer si veda F. Schauer, 2012.

tecnica argomentativa. La ricostruzione qui proposta consentirà di evidenziare come l'argomento comparatistico venga usato dalle corti sia per favorire forme di coordinamento tra giurisdizioni sia per negare che tale coordinamento sia opportuno o addirittura possibile. Vedremo inoltre come i diversi usi dell'argomento presuppongano delle vere e proprie «dottrine giudiziali del diritto comparato», che indicano come il giudice dovrebbe effettuare la comparazione tra norme di diversi ordinamenti e usarla a fini decisionali. L'adesione a queste dottrine non viene nella maggior parte dei casi dichiarata dai giudici ma condiziona non di meno il loro ragionamento, contribuendo a selezionare le soluzioni di una controversia suscettibili di giustificazione.

## 2. L'ARGOMENTO COMPARATISTICO: PROFILI GENERALI

A ben vedere, il vivace dibattito odierno attorno all'uso del diritto straniero da parte delle corti ha ad oggetto una peculiare tecnica argomentativa adottata per giustificare la premessa in diritto della decisione, vale a dire per fornire ragioni a sostegno della correttezza, adeguatezza, giustezza della norma usata da giudice per disciplinare il caso<sup>10</sup>. Questa tecnica, tradizionalmente denominata «argomento comparatistico», è classificata dai teorici del diritto come una *species* appartenente al *genus* dell'argomentazione sistematica; più precisamente, si tratta di una variante del cosiddetto *argumentum ab exemplo*, altrimenti noto come *argumentum ex auctoritate*<sup>11</sup>. L'argomento autoritativo giustifica le decisioni giudiziali che trovano fondamento in decisioni precedenti della medesima corte o di altre corti; esso viene ricondotto al *genus* dell'argomentazione sistematica poiché appare strettamente connesso a una virtù fondamentale che qualsivoglia sistema giuridico dovrebbe possedere, incarnata dall'ideale del *Rule of Law*. Un sistema giuridico realizza l'ideale del *Rule of Law* nella misura in cui garantisce la parità di trattamento dei consociati e la prevedibilità delle decisioni giudiziali, a prescindere dalle parti coinvolte o dal giudice che decide la controversia. Come ha sottolineato Neil MacCormick, «la fedeltà al *Rule of Law* esige che venga evitata qualsivoglia variazione ingiustificata del criterio decisionale adottato dai giudici con riguardo alla medesima classe di casi»<sup>12</sup>, ed evitare tale variazione equivale a garantire la coerenza del sistema giuridico nel corso del tempo. Ciò che differenzia l'argomento comparatistico dagli altri argomenti autoritativi sta nel

10. Sulle caratteristiche della motivazione in diritto della sentenza dal punto di vista della teoria del ragionamento giuridico, mi permetto di rinviare a D. Canale, 2013.

11. Si vedano G. Tarello, 1980, 372-5; J. Woods, D. Walton, 1989, 15-24; F. H. van Eemeren, R. Grootendorst, 1992, 136-7; V. Velluzzi, 2002, 158-60; F. H. van Eemeren, 2010, 202-3; D. Walton, C. Reed, F. Macagno, 2010, 314.

12. N. MacCormick, 2009, 143.

fatto che le decisioni precedenti, o gli altri materiali giuridici considerati in sede di giustificazione, appartengono, o sono riconducibili, a un ordinamento giuridico diverso da quello in cui la corte esercita la propria giurisdizione. La forma standard dell'argomento è infatti la seguente: una decisione giudiziale nell'ordinamento domestico  $OG_d$  è giustificata se è coerente col modo in cui casi simili sono stati disciplinati nell'ordinamento straniero  $OG_s$ .

Questo argomento può essere parimenti descritto come un'inferenza la cui conclusione è costituita da una direttiva interpretativa che la corte può applicare per giustificare il contenuto attribuito a una disposizione domestica:

- (1) Attribuisce alla disposizione  $D_d$  appartenente all'ordinamento giuridico  $OG_d$  il contenuto  $N_d$  che è coerente con il contenuto  $N_s$  della disposizione  $D_s$  appartenente al sistema giuridico  $OG_s$  /
- (2)  $D_s$  disciplina la stessa classe di casi disciplinata da  $D_d$  /
- (3)  $D_d$  ammette i contenuti  $N_{d1}, N_{d2}, N_{d3}, \dots, N_{dn}$  /
- (4)  $N_{d1}$  è coerente con  $N_s$  //
- (5) Attribuisce il contenuto  $N_{d1}$  a  $D_d$ .

Così come ogni argomento sistematico, questa tecnica argomentativa muove dall'assunto secondo il quale il contenuto di una disposizione normativa dipende dal sistema giuridico al quale la disposizione appartiene<sup>13</sup>. Detto più precisamente, i contenuti delle disposizioni giuridiche sono una funzione delle relazioni che le norme intrattengono tra di loro all'interno di un sistema coerente di norme. Ma cosa si intende per «coerenza» in questo contesto? Il termine «coerenza» designa una proprietà relazionale delle norme che consente di identificare la struttura di un sistema giuridico e le sue condizioni di appartenenza<sup>14</sup>. In questa accezione, la norma  $N_d$  e la norma  $N_s$  sono coerenti se  $N_d$  e  $N_s$  non veicolano conseguenze giuridiche incompatibili (*consistency*), oppure  $N_s$  è un mezzo per realizzare il fine stabilito da  $N_d$  (coerenza teleologica), oppure  $N_d$  e  $N_s$  specificano il contenuto del medesimo principio o valore giuridico (coerenza assiologica).

Gli elementi che compongono un sistema di questo tipo non appartengono necessariamente al medesimo ordinamento giuridico – qui inteso, genericamente, come l'insieme delle disposizioni e delle norme esistenti in una certa entità istituzionale di tipo giuridico, come uno Stato o un regime giuridico

13. Per una trattazione più estesa di questo punto rinvio a D. Canale, G. Tuzet, 2012b.

14. Il termine «coerenza» viene qui usato in un'accezione diversa da quella adottata da Ronald Dworkin, che per coerenza intende una direttiva interpretativa in base alla quale le corti sono tenute a ricercare un equilibrio riflessivo tra i principi giuridici, da un lato, e la giustizia del caso concreto, dall'altro. Cfr. R. Dworkin, 1977, 159-68.

sovra- o ultra-statale<sup>15</sup>. Sebbene le espressioni «sistema giuridico» e «ordinamento giuridico» siano comunemente usate come sinonimi dai giuristi, ciò spesso non accade quando un argomento sistematico è utilizzato da una corte per giustificare la decisione<sup>16</sup>. In questo particolare contesto, il sistema di norme a cui la corte fa riferimento è talora composto da un sottoinsieme delle norme appartenenti all'ordinamento, da un singolo documento normativo, oppure ancora include norme di diritto straniero, non appartenenti cioè all'ordinamento nel quale la corte esercita la propria giurisdizione. Di conseguenza, nella giustificazione della sentenza le norme appartenenti a ordinamenti giuridici differenti possono essere considerate come elementi del *medesimo* sistema giuridico, mentre norme appartenenti al medesimo ordinamento possono essere considerate come elementi appartenenti a sistemi o sottosistemi distinti. Ciò mostra come nel contesto dell'argomentazione giuridica i sistemi giuridici siano delle costruzioni intellettuali elaborate dai giudici e dai giuristi per conseguire un certo fine di tipo sociale, politico, morale o istituzionale<sup>17</sup>.

Nel caso dell'argomento comparatistico, il sistema normativo a cui la corte fa riferimento è composto da norme che appartengono a ordinamenti giuridici distinti: di solito, una o più norme di diritto straniero (*source*) e una norma di diritto domestico (*target*). Questo sistema è costruito in modo tale da giustificare una decisione giudiziale i cui effetti sono limitati all'ordinamento giuridico domestico e al suo ambito di efficacia, sebbene tale decisione possa condurre a forme di armonizzazione e coordinamento tra ordinamenti.

### 3. TRE VERSIONI DELL'ARGOMENTO COMPARATISTICO

Se osserviamo la prassi giudiziale, è facile notare come l'argomento comparatistico venga usato in molti modi differenti. L'espressione «argomento comparatistico» si riferisce, in realtà, ad una famiglia di tecniche argomentative le cui caratteristiche distintive meritano di essere precisate.

Le diverse versioni dell'argomento possono essere distinte studiando la loro forma, ovverosia le inferenze di cui l'argomento si compone; da esse dipendono infatti la struttura e le condizioni di validità dell'argomento. Le forme argomentative che presenterò qui di seguito costituiscono il risultato dell'analisi dei modi in cui il ragionamento comparatistico viene sviluppato dalle corti nella motivazione della sentenza: si tratta di stru-

15. Sulla nozione di esistenza di una norma come appartenenza a un ordinamento giuridico e sui criteri d'identità dei sistemi giuridici rinvio a J. Raz, 1980<sup>2</sup>, 187; C. E. Alchourrón, E. Bulygin, 1981; R. Caracciolo, 2009, 183-203.

16. Si veda A. Aarnio, 1977, cap. 1.

17. Sul punto si veda, per tutti, G. B. Ratti, 2008.

menti euristici per indagare come i giudici effettivamente giustificano le loro decisioni<sup>18</sup>.

Per prima cosa, l'argomento comparatistico viene usato nella giurisprudenza come un argomento interpretativo oppure come un argomento integrativo<sup>19</sup>. Nel primo caso, esso giustifica il risultato dell'interpretazione di una disposizione normativa domestica effettuata dal giudice; nel secondo caso, invece, viene utilizzato per colmare una lacuna: si assume che il caso non sia disciplinato dal diritto domestico e che possa essere disciplinato ricorrendo al diritto straniero. Esaminiamo più nel dettaglio queste due versioni dell'argomento.

### 3.1. Comparazione e interpretazione

Quando viene usato per giustificare l'interpretazione di una disposizione normativa, l'argomento comparatistico può servire a realizzare due scopi differenti, a seconda che la relazione di coerenza su cui l'argomento poggia sia declinata in senso *positivo* o *negativo*<sup>20</sup>. La relazione di coerenza tra la norma domestica  $N_d$  e la norma straniera  $N_s$  è positiva quando  $N_d$  e  $N_s$  sono trattate dall'interprete come elementi di un medesimo sistema normativo. In questo caso, l'argomento assume la forma seguente:

18. A tal fine verranno qui considerate alcune sentenze paradigmatiche, sovente discusse in letteratura, emanate da corti dei seguenti ordinamenti: Stati Uniti, Canada, Regno Unito, Sud Africa, India, Australia, Italia, Germania, Francia, Unione Europea. Per argomento valido intendo qui un argomento la cui conclusione è considerata giustificata dai giudici in un ordinamento giuridico o in una famiglia di ordinamenti. Si vedano su questo punto F. H. van Eemeren, R. Grootendorst, 2004, cap. 7; D. Walton, 2008<sup>2</sup>, 150.

19. Si potrebbe qui obiettare che l'interpretazione dei testi normativi comporta sempre un'integrazione del diritto. Secondo Hart (1994<sup>2</sup>, cap. 7), l'interpretazione entra in gioco quando un testo normativo è indeterminato, ossia quando il diritto non fornisce una soluzione chiara della controversia. Pertanto, l'interpretazione giuridica non si limiterebbe a precisare i contenuti che i testi normativi di per sé hanno ma finirebbe col creare nuovo diritto che «integra» quello esistente. Trovo questa tesi insoddisfacente. L'interpretazione giuridica entra in gioco «quando sono possibili opinioni differenti in merito al significato del diritto» (T. Endicott, 2012, 112), ad esempio, quando sussiste un disaccordo (attuale o potenziale) con riguardo al contenuto da attribuire a un testo normativo sulla base di ragioni giuridiche, a prescindere dal fatto che questo testo (o il suo contenuto) siano o meno indeterminati sotto il profilo linguistico. In questa prospettiva, il prodotto dell'interpretazione giuridica è una norma che esprime uno dei contenuti che un testo normativo può ragionevolmente esprimere in un determinato contesto giuridico. Se le cose stanno in questi termini, gli argomenti interpretativi possono essere chiaramente distinti da quelli integrativi: i primi giustificano l'interpretazione di testi normativi mentre i secondi giustificano la costruzione di norme implicite tipicamente utilizzate per colmare le lacune. Sulla distinzione tra interpretazione e integrazione del diritto si veda R. Guastini, 2014, 411-9.

20. Sulla distinzione tra relazioni di coerenza positiva e negativa si veda D. Canale, G. Tuzet, 2012b, 33. Si veda anche D. Fontana, 2001, 539.

- (A1) *Date  $N_d$  e  $N_s$ , se  $N_d$  e  $N_s$  disciplinano la stessa classe di casi e  $N_d$  è coerente con  $N_s$ , allora  $N_d$  è giustificata.*

La direttiva interpretativa sottesa a questa versione dell'argomento prescrive che la corte interpreti una disposizione domestica in modo tale che il suo contenuto sia coerente col contenuto attribuito a una disposizione che disciplina la medesima classe di casi ma che appartiene a un ordinamento straniero. In *Atkins v. Virginia* la Corte Suprema degli Stati Uniti decise che l'ottavo emendamento alla Costituzione, che proibisce «pene crudeli e desuete», è incompatibile con le leggi statali che prevedono la pena di morte per i reati commessi da individui affetti da problemi mentali. Nel giustificare l'interpretazione del termine «crudele», la Corte dichiarò che «nella comunità mondiale l'imposizione della pena di morte per reati commessi da persone affette da un ritardo mentale è ampiamente disapprovata». Sebbene questa considerazione «non sia in alcun modo vincolante», la sua «coerenza (*consistency*) col dato normativo fornisce un ulteriore supporto alla conclusione raggiunta da questa Corte»<sup>21</sup>. In questo senso, la norma costituzionale domestica e le norme straniere corrispondenti furono trattate come elementi del medesimo sistema normativo, in modo da giustificare la soluzione del caso mediante l'ausilio dell'argomento comparatistico.

Quando viene declinata in senso negativo, invece, la relazione di coerenza consente di differenziare due sistemi normativi nei quali ricorrono la medesima disposizione o disposizioni considerate equivalenti; in questo caso, l'argomento comparatistico giustifica l'ascrizione alla disposizione domestica di un contenuto diverso da quello attribuito alla disposizione straniera. L'argomento acquista qui la seguente forma:

- (A2) *Date  $N_d$  e  $N_s$ , se  $N_d$  e  $N_s$  disciplinano la stessa classe di casi e  $N_d$  è non coerente con  $N_s$ , allora  $N_d$  è giustificata.*

Questa seconda versione dell'argomento serve a sostenere che una certa soluzione normativa straniera non si adatta al contesto domestico e deve essere dunque rigettata. Perciò, se la disposizione domestica  $D_d$  ammette i contenuti  $N_{d1}$ ,  $N_{d2}$ , ...,  $N_{dn}$ , e  $N_{d1}$  è incompatibile con la norma straniera  $N_s$ , mentre invece tale incompatibilità non sussiste con i restanti contenuti ammessi da  $D_d$ , allora  $N_{d1}$  è giustificata. L'uso dell'argomento consente in tal modo di distinguere due sistemi di norme alla luce delle differenze che li contraddistinguono sotto il profilo strutturale, storico, sociale, politico. In *Regina v. Keegstra* la Corte

21. *Atkins v. Virginia*, 536 US 304 (2002), 316. In questa decisione la Corte Suprema degli Stati Uniti riservò un'attenzione particolare al punto di vista dell'Unione Europea e dei suoi Stati membri sul tema.

Suprema del Canada fu chiamata a decidere se le espressioni di pensiero che coscientemente promuovono l'odio contro gli Ebrei siano permesse dall'art. 1 della Costituzione canadese, in base al quale le limitazioni dei diritti e delle libertà sono ammesse soltanto qualora siano «chiaramente giustificate in una società libera e democratica». La Corte affermò, tra le altre cose, che l'esperienza degli Stati Uniti nella protezione della libertà d'espressione può rivelarsi utile nell'interpretazione di questa disposizione costituzionale: «I diritti fondamentali sono oggetto di protezione costituzionale negli Stati Uniti da oltre due secoli. L'esperienza pratica e teorica che ne è derivata è immensa e non può essere ignorata da questa Corte». Tuttavia, secondo la Corte Suprema canadese tale esperienza deve essere esaminata «con occhio critico»: «il Canada è gli Stati Uniti non sono simili sotto molti profili; le Carte che proteggono i diritti umani nei due paesi non sono inoltre sorte nel medesimo contesto. È una considerazione di senso comune riconoscere che, così come le somiglianze tra i due paesi giustificano l'adozione in Canada di soluzioni normative già utilizzate negli Stati Uniti, le loro differenze possono esigere che la prospettiva costituzionale (*constitutional vision*) canadese si discosti da quella statunitense»<sup>22</sup>. Di conseguenza, la Corte rigettò la giurisprudenza della Corte Suprema americana in tema di *hate speech*, interpretando il dettato costituzionale così da giustificare la limitazione del diritto di espressione anche laddove non vi sia un pericolo evidente e attuale per l'ordine pubblico<sup>23</sup>. Riassumendo, la norma costituzionale domestica e la corrispondente norma straniera furono ricondotte a due sistemi normativi differenti in quanto basati su principi e valori differenti: ciò giustificava una diversa disciplina dei casi appartenenti alla stessa classe generica. È opportuno notare che l'argomento comparatistico interpretativo, declinato in senso negativo, non è mai conclusivo: esso fornisce semplicemente ragioni a sostegno dell'inammissibilità di un certo risultato interpretativo. La norma che disciplina il caso dovrà essere giustificata utilizzando altre tecniche argomentative<sup>24</sup>.

22. *R. v. Keegstra* [1990] 3 SCR 697, 740. Come ha sottolineato David Beatty (1997, 482), «sebbene la Corte Suprema del Canada faccia sovente riferimento alla giurisprudenza statunitense, nella maggior parte dei casi l'ha trattata con molta cautela, considerandola non molto utile per elaborare soluzioni giuridiche appropriate per il Canada». Il ragionamento comparatistico è spesso usato in un senso «negativo» dalla Suprema Corte del Sud Africa al fine di differenziare la sua interpretazione dei diritti fondamentali da quella fornita dalle corti degli Stati Uniti e del Canada: si veda, ad esempio, *S. v. Makwanyane* [1995] CCT 3/94 ZACC 3, parr. 57 ss.; *Carmichele v. The Minister of Safety and Security* [2010] CCT 48/100 AHR LR 208, § 36; *Mohamed v. President of the Republic of South Africa* [2001] CCT 17/01 ZACC 18, §§ 46 ss. Si veda sul tema A. Lollini, 2012b.

23. Anche la Corte Suprema statunitense ha adottato talvolta questa versione dell'argomento. Si veda, per tutti, *Roper v. Simmons*, 543 US 551 (2005), 576-7.

24. In *Henderson* la Camera dei Lord usò sia la versione positiva sia quella negativa dell'argomento comparatistico di tipo interpretativo. La Corte esaminò come il problema della possibilità

### 3.2. Comparazione e integrazione

Come ricordato in precedenza, le corti fanno uso del diritto straniero non solo per giustificare l'interpretazione delle disposizioni giuridiche ma anche per integrare il diritto. Se un caso non è regolato dal diritto domestico, l'argomento comparatistico può essere usato per giustificare l'applicazione di una norma di diritto straniero. Questa versione dell'argomento ha la seguente forma:

- (A3) *Data  $N_s$ , se il caso C non è regolato da  $OG_d$ ,  $N_s$  disciplina C ed è applicabile in  $OG_p$  allora C deve essere disciplinato da  $N_s$ .*

Il ragionamento appena descritto non va confuso col ragionamento analogico. Il giudice decide che il caso C è regolato da  $N_s$  non perché C ha una proprietà rilevante in comune con i casi disciplinati da  $N_s$ . L'argomento comparatistico integrativo giustifica l'applicazione di una norma di diritto straniero sulla base di una norma domestica di rinvio, la quale autorizza il giudice a utilizzare fonti di altri ordinamenti per disciplinare il caso<sup>25</sup>. La comparazione è qui usata per fornire ragioni a sostegno della scelta di una certa norma giuridica straniera tra quelle applicabili nell'ordinamento domestico<sup>26</sup>.

di pretese concorrenti a seguito della violazione di un obbligo ai sensi della disciplina dei contratti e della disciplina della responsabilità civile fosse stato risolto in altre giurisdizioni, e prese in considerazione sia i sistemi giuridici in cui una soluzione simile era ammessa sia quelli in cui era rigettata: *Henderson v. Merrett Syndicates* [1995] 2 AC 145, 184-5. Lo stesso approccio fu adottato dalla Camera dei Lord in *White v. Jones* [1995] 2 AC 207 come pure dalla Corte di Cassazione italiana in tema di *wrongful life*: Cass. Civ., sez. III, n. 14488/2004, § 4.2. In *Visy Paper Pty Ltd. v. ACCC*, invece, la Corte Suprema australiana giustificò la sua decisione utilizzando la versione negativa dell'argomento comparatistico, ma il giudice Kirby, nella sua opinione dissenziente, sostenne che la conclusione raggiunta dalla corte poteva essere giustificata soltanto mediante un uso positivo del medesimo argomento: si veda *Visy Paper Pty Ltd. v. Australian Competition and Consumer Commission* [2003] HCA 59, §§ 52-57.

25. Assumo in questo saggio che qualsivoglia ordinamento giuridico avanzi una «pretesa di supremazia»: richiamando le parole di Josef Raz, ogni ordinamento «pretende necessariamente di esercitare in via esclusiva l'autorità di regolare l'organizzazione degli altri sotto-sistemi istituzionali e le condotte dei membri della comunità», rigettando al contempo eventuali pretese di supremazia avanzate da altri ordinamenti. Cfr. J. Raz, 1979, 101-2, 118. Ne segue che le norme di diritto straniero non sono direttamente efficaci nell'ordinamento domestico: quest'ultimo, mediante norme di rinvio, può certo attribuire efficacia a tali norme, ma ciò non comporta la loro inclusione nell'ordinamento domestico.

26. È stato talora sostenuto che l'argomento comparatistico integrativo fu usato dalla Corte di Cassazione italiana nel caso Englaro: si veda, ad esempio, De Vergottini, 2010, 121. Non concordo con questa ricostruzione: nella sentenza Englaro la Corte usò l'argomento nella sua versione interpretativa positiva, asserendo che l'art. 6 della Convenzione di Oviedo, al pari di altre norme straniere citate nella sentenza, doveva «essere utilizzato nell'interpretazione di norme interne al fine di dare ad esse una lettura il più possibile ad esso conforme» (Cass. Civ., sez. I, n. 21784/2007, § 7.1.). Più precisamente, le norme di diritto straniero vennero usate per

Questa versione dell'argomento è tipicamente utilizzata dalle corti che operano in ordinamenti sovranazionali, come ad esempio quello dell'Unione Europea; in questi contesti, le norme oggetto di comparazione appartengono a ordinamenti giuridici che intrattengono relazioni di integrazione verticale, e l'argomento comparatistico mostra come tali ordinamenti siano mutualmente interconnessi<sup>27</sup>. Secondo l'art. 19 TUE (ex art. 164 del TCE), ad esempio, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea deve «garantire che nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati il *diritto* venga rispettato» (corsivo aggiunto). A che cosa si riferisce, in questa disposizione, il termine «diritto»? L'art. 19 TUE viene interpretato dalla Corte di Giustizia come una norma che autorizza questo stesso organo giurisdizionale a ricorrere al ragionamento comparatistico per colmare le lacune del diritto dell'Unione Europea<sup>28</sup>. In *Factortame III* la Corte affermò che «il Trattato non contiene alcuna disposizione che stabilisca espressamente, e in modo specifico, le conseguenze derivanti dalla violazione del Diritto comunitario da parte degli Stati membri; spetta dunque alla Corte, in forza del compito ad essa attribuito dall'art. 164 del Trattato [...], disciplinare queste fattispecie [...] facendo riferimento ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico comunitario e, ove necessario, ai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri»<sup>29</sup>. In base a questa interpretazione, dunque, l'art. 164 del Trattato impone ai giudici, in talune circostanze, di ricorrere alla comparazione per colmare le lacune; solo comparando gli ordinamenti degli Stati membri, infatti, sarà possibile identificare i principi generali ad essi comuni<sup>30</sup>. Come ha osservato un commentatore, la norma scelta per colmare la lacuna costituirà in tal senso «il risultato del contributo “incrociato” di diversi ordinamenti giuridici»<sup>31</sup>. In realtà, la Corte di Giustizia non

concretizzare, con riguardo al caso di specie, i principi del consenso informato e del rifiuto delle cure costruiti dalla giurisprudenza costituzionale italiana.

27. In questo articolo assumo che esista un ordinamento giuridico dell'Unione Europea distinto da quello degli Stati membri. Si tratta, tuttavia, di una tesi controversa: si vedano sul punto N. McCormick, 2002, cap. 7; M. Kumm, 2005; J. Dixon, 2008.

28. Cfr. K. Lenaerts, 2003, 876.

29. Joined Cases C-46/93 and C-48/93 *Brasserie du Pêcheur SA and Factortame* [1996] ECR I-1029.

30. Si noti che le corti europee fanno uso tanto della versione integrativa quanto della versione interpretativa dell'argomento comparatistico. In *José Miguel Díaz García v. European Parliament* [1992] ECR II-29619, la Corte di prima istanza sostenne che alle previsioni del diritto europeo «che non fanno esplicito riferimento al diritto degli Stati membri per determinare il loro contenuto e ambito di applicazione», deve normalmente essere data un'interpretazione indipendente. La Corte ritenne, tuttavia, che «in assenza di un riferimento espresso, l'applicazione del diritto comunitario può a volte richiedere la considerazione dei diritti degli Stati membri laddove la corte comunitaria non possa identificare nel diritto comunitario, o nei suoi principi generali, criteri idonei a determinare il significato e l'ambito di applicazione di tali previsioni per mezzo di una interpretazione indipendente».

31. K. Lenaerts, 2003, 873. Si veda anche P. Pescatore, 1980.

dichiara in sede di motivazione quali siano le fonti di tali contributi; i giudici di solito applicano una norma appartenente all'ordinamento di uno Stato membro e giustificano tale scelta ricorrendo all'argomento comparatistico. In questo modo, l'argomento giustifica l'applicazione di una norma appartenente all'ordinamento di uno Stato membro all'interno dell'ordinamento dell'Unione.

#### 4. IL PROBLEMA DEL CHERRY-PICKING

Le tre versioni dell'argomento comparatistico appena descritte, per quanto diverse tra loro, sollevano il medesimo problema: per usare l'argomento i giudici sono costretti ad identificare la norma o le norme straniere da utilizzare come *comparans* nel confronto col *comparandum* domestico. Ora, come si giustifica questa scelta? È questo il cosiddetto problema del *cherry-picking*: le corti sembrano scegliere in modo arbitrario le norme di diritto straniero da utilizzare come premessa dell'argomento, privilegiando strategicamente quelle che supportano la loro decisione e «ignorando del tutto quelle che giustificano soluzioni opposte»<sup>32</sup>. In *Lawrence and Tyron v. Texas*, la Corte Suprema degli Stati Uniti fu chiamata a decidere se il xiv Emendamento attribuisse agli omosessuali il diritto di praticare consensualmente la sodomia. Nel giustificare la decisione, la Corte prese in considerazione le soluzioni adottate negli ordinamenti costituzionali di matrice occidentale, considerandoli come gli unici meritevoli di attenzione<sup>33</sup>. In *Naz v. Government*, un caso che sollevava il medesimo quesito giuridico<sup>34</sup>, la Corte Suprema indiana fece parimenti ricorso diffusamente all'argomento comparatistico per giustificare la sua decisione. Tuttavia, la Corte considerò anche decisioni emanate dai giudici costituzionali delle Isole Fiji, di Hong Kong e del Nepal, quasi a voler dimostrare, come osservò un commentatore, «che i diritti gay non sono un lusso dell'Occidente»<sup>35</sup>. Questo esempio sembra avvalorare l'aspra critica rivolta dal giudice Scalia all'uso del diritto straniero da parte delle corti: «invocare il diritto straniero quando questo è in accordo con le nostre opinioni, e ignorarlo in caso contrario, non è un modo ragionevole per decidere un caso ma un semplice sofisma»<sup>36</sup>. Allo stesso modo, secondo il giudice Roberts, «nel diritto di altri ordinamenti si può trovare tutto quello che si vuole: considerare il

32. N. Lund, J. O. McGinnis, 2004, 1581.

33. *Lawrence and Tyron v. Texas*, 539 US 558 (2003), 573. La Corte Suprema sostenne che il punto di vista delle «nazioni che condividono la tradizione anglo-americana, come pure quello delle principali nazioni dell'Occidente europeo» meritavano di essere considerate nell'interpretazione della costituzione statunitense: *Thompson v. Oklahoma*, 487 US 815 (1988), 830-1.

34. *Naz Foundation v. Government of NCT of Delhi* [2009] WP(c) 7455/2001.

35. V. Raghavan, 2009, 402. Si veda anche M. Khosla, 2011.

36. *Roper*, cit., 627 (opinione dissenziente del giudice Scalia).

diritto straniero come un possibile supporto per la decisione espande enormemente la discrezionalità del giudice. Questa pratica permette al giudice di incorporare nell'ordinamento le sue preferenze personali contrabbandandole per precedenti dotati di autorità»<sup>37</sup>.

Un'osservazione è qui tuttavia d'obbligo: sebbene le corti non adottino il medesimo criterio per selezionare il diritto straniero da utilizzare come premessa dell'argomento comparatistico, da ciò non segue che l'uso dell'argomento sia arbitrario. Occorre piuttosto chiedersi: a quali condizioni è giustificato usare una *certa* norma straniera quale premessa? Vi sono ragioni giuridiche idonee a giustificare questa scelta? La soluzione al problema del *cherry-picking* non può certo essere fornita dall'argomento comparatistico, dal momento che questo non è in grado di giustificare le sue stesse premesse; la giustificazione dovrà essere fornita da altri argomenti. Nella maggior parte dei casi, le corti non sembrano preoccuparsi di questo problema e le ragioni che giustificano la scelta rimangono implicite nella motivazione della sentenza, col risultato che l'uso dell'argomento comparatistico appare spesso privo di fondamento<sup>38</sup>. Tuttavia, ciò che è implicito nella giustificazione della decisione può essere reso esplicito dal teorico dell'argomentazione mediante il ricorso a un ragionamento controfattuale<sup>39</sup>. Quando una corte non fornisce ragioni a sostegno delle preferenze accordate a una certa norma straniera, il nostro quesito diventa il seguente: qualora chiedessimo a questa corte di giustificare la sua scelta, quali ragioni potrebbero essere esibite dai giudici tra quelle messe a disposizione dagli standard argomentativi accettati nell'ordinamento nel quale la corte opera? La risposta a tale quesito non descrive il modo in cui le corti di fatto giustificano le loro decisioni; essa descrive a quali condizioni possiamo ritenere che una decisione sia giustificata in modo soddisfacente ed esaustivo all'interno di un dato ordinamento in un certo momento storico.

Se si adotta questa strategia d'indagine, appare chiaro che la giustificazione del *comparans* straniero, sia esso utilizzato a fini interpretativi oppure a fini integrativi, si articola in due momenti. In primo luogo, la corte è chiamata a individuare una o più norme straniere che siano *simili* (in caso di relazione di coerenza positiva) o *dissimili* (in caso di relazione di coerenza negativa) *sotto un profilo rilevante* alla norma domestica scelta come *comparandum*. Sulla

37. *Confirmation Hearing on the Nomination of John G. Roberts, Jr. to be Chief Justice of the United States: Hearing Before the S. Comm. on the Judiciary*, 109th Cong., 2005, 201.

38. Nella sentenza n. 364/1988, la Corte Costituzionale italiana fece uso dell'argomento comparatistico per avvalorare il principio di scusabilità dell'ignoranza inevitabile della legge penale. La Corte menzionò i codici penali di Germania, Austria, Svizzera, Grecia, Polonia, Jugoslavia, Giappone, Portogallo, senza giustificare in alcun modo questa singolare selezione degli ordinamenti meritevoli di attenzione.

39. Sull'uso dei condizionali controfattuali per rendere esplicite le premesse implicite in uno scambio di ragioni, si veda R. B. Brandom, 2008, 80, 96-8.

base di tale somiglianza o differenza, la norma domestica e la norma straniera risulteranno comparabili<sup>40</sup>. La forma di questo passaggio argomentativo è la seguente:

- (B1) *Se  $N_s$  è simile a  $N_d$  sotto un profilo rilevante, allora è giustificato comparare  $N_d$  con  $N_s$ ;*

oppure

- (B2) *Se  $N_s$  è diversa da  $N_s$  sotto un profilo rilevante, allora è giustificato comparare  $N_d$  con  $N_s$ ;*

(B1) giustifica l'uso positivo del ragionamento comparatistico mentre (B2) ne giustifica l'uso negativo. Ora, questo primo passaggio, che rimane sempre implicito in sede di giustificazione, consente semplicemente di distinguere le norme giuridiche straniere comparabili col diritto domestico da quelle che comparabili non sono. Una volta compiuta questa distinzione, andrà giustificata la scelta di una *determinata* norma straniera tra tutte quelle che soddisfanno il criterio di comparabilità. Negli ordinamenti considerati in questo saggio, tali ragioni possono essere fornite utilizzando una pluralità di argomenti: l'argomento teleologico, l'argomenti per principi, l'argomento consequenzialistico, l'argomento storico-genetico. Vediamoli più nel dettaglio:

(C1) *Argomento teleologico*. La preferenza accordata a  $N_{s1}$  è giustificata dai fini sociali e politici perseguiti dall'ordinamento domestico  $OG_d$ : se  $N_{s1}$  è un mezzo idoneo a raggiungere questi fini, allora la scelta di  $N_{s1}$  è giustificata. Nelle decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ad esempio, la preferenza accordata a una certa norma di uno Stato membro per colmare una lacuna trova giustificazione nel fatto che tale norma è un mezzo idoneo per conseguire i fini dell'Unione – nello specifico, la realizzazione di una «comunità basata sul *Rule of Law*»<sup>41</sup>. Più precisamente, se una norma appartenente all'ordinamento di uno Stato membro costituisce un mezzo idoneo a realizzare l'ideale del *Rule of Law*, allora tale norma può essere usata per colmare una lacuna nell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea.

(C2) *Argomento per principi*. La preferenza accordata a  $N_{s1}$  è giustificata dai principi che caratterizzano l' $OG_d$ : se  $N_{s1}$  è coerente con tali principi, nel senso che ne costituisce una possibile concretizzazione, allora comparare  $N_{s1}$  con  $N_d$  è giustificato. In *Atkins v. Virginia* e *Roper v. Simmons*, ad esempio, la Corte

40. Questo passaggio argomentativo è di natura analogica: la corte è chiamata a individuare una proprietà rilevante comune tra ordinamenti e/o tra norme di diversi ordinamenti. Sul criterio di rilevanza nel ragionamento analogico si veda D. Canale, G. Tuzet, 2012a.

41. Case 294/83 *Les Verts v. European Parliament* [1986] ECR 1339, § 23. Si veda M. P. Maduro, 2007; K. Lenaerts, 2003, 873.

Suprema degli Stati Uniti, nell'utilizzare l'argomento comparatistico, prese in considerazione soltanto gli ordinamenti giuridici di matrice occidentale, e in particolare le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, asserendo che questi ordinamenti condividono con l'ordinamento statunitense i medesimi principi fondamentali, considerati come necessaria base comune per comparare il diritto straniero con il diritto domestico a fini decisionali<sup>42</sup>.

(C3) *Argomento consequenzialistico*. La preferenza accordata a  $N_{s1}$  è giustificata dalle conseguenze che l'applicazione di  $N_{s1}$  ha prodotto nel suo contesto originario. Se considerare tali conseguenze è ritenuto utile al fine di prevedere quali conseguenze provocherebbe l'applicazione della medesima disciplina nel contesto domestico, allora comparare  $N_d$  con  $N_{s1}$  è giustificato. In *Washington v. Glucksberg*, ad esempio, la Corte Suprema degli Stati Uniti considerò l'esperienza olandese nella disciplina del suicidio assistito per stabilire se questa pratica, qualora fosse stata qualificata dalla Corte come l'esercizio di un diritto fondamentale, avrebbe incoraggiato forme di eutanasia attiva o minacciato l'etica medica<sup>43</sup>. In casi di questo tipo, l'argomento comparatistico è usato per formulare previsioni con riguardo a fatti considerati rilevanti<sup>44</sup>: le corti trattano cioè il diritto straniero come «una mappa delle conseguenze che è probabile seguano all'adozione di una certa decisione»<sup>45</sup>, una mappa che è opportuno consultare prima di decidere.

(C4) *Argomento storico-genetico*. La scelta della norma straniera  $N_{s1}$  è giustificata dall'origine e dallo sviluppo storico dell'ordinamento al quale  $N_{s1}$  appartiene. Se  $OG_s$  discende geneticamente da  $OG_d$ , fa parte alla stessa famiglia di ordinamenti, oppure si è sviluppato storicamente in modo simile, allora è giustificato comparare  $N_d$  con  $N_s$ . In *Mohamed v. President of the Republic*, la Corte Costituzionale del Sud Africa fu chiamata a decidere se l'estradizione di un detenuto negli Stati Uniti, qualora questi fosse accusato di un reato per il quale era prevista la pena di morte nel paese di destinazione, violasse il *Bill of Rights* sudafricano. Per rispondere a questo quesito, la Corte esaminò diffusamente numerose decisioni di casi simili emanate dalle corti dei paesi del

42. *Atkins*, cit., 316; *Roper*, cit., 576.

43. *Washington v. Glucksberg*, 521 us 702 (1997), 734.

44. Cfr. B. Markesinis, J. Fedtke, 2005-2006, 97. In *Printz* il giudice Breyer affermò: «ovviamente stiamo interpretando la nostra Costituzione e non quella di altre nazioni, vi possono essere importanti differenze politiche e strutturali tra il nostro ordinamento e gli ordinamenti stranieri considerati. Ma l'esperienza maturata altrove può comunque gettare luce, sotto il profilo empirico, sulle conseguenze che soluzioni differenti del medesimo caso potrebbero provocare» (*Printz v. United States*, 521 us 898 [1997], 977).

45. W. N. Eskridge Jr., 2004, 560. Si veda anche E. Posner, C. Sunstein, 2006, 139. Alcuni commentatori hanno tuttavia osservato che «l'esperienza di altri paesi può gettare pochissima luce sulle conseguenze che la regolamentazione produrrebbe in un diverso paese» (T. Annus, 2004, 338); questo perché innumerevoli sono le variabili sociali, politiche e istituzionali che hanno determinato determinate conseguenze nel contesto d'origine. Cfr. M. Tushnet, 1999, 1307.

Commonwealth, assumendo che l'esperienza acquisita da ordinamenti che condividono la medesima eredità storica fosse di grande importanza nell'interpretazione costituzionale<sup>46</sup>. L'appartenenza a una tradizione giuridica comune venne dunque considerata come una ragione in grado di giustificare la scelta delle norme straniere da utilizzare per la comparazione.

Ora, se questi sono i percorsi argomentativi che il giudice può seguire per giustificare la preferenza accordata alla norma straniera che funge da *compans* nell'argomentazione, come si giustifica la scelta di uno di essi? A quali condizioni, ad esempio, sono da preferire le considerazioni di ordine storico-genetico a quelle di tipo consequenzialistico o di principio? Questo quesito appare particolarmente rilevante nelle situazioni in cui i percorsi argomentativi appena descritti conducano a conclusioni tra loro incompatibili, ovvero sia a giustificare soluzioni alternative della medesima controversia. Risulta quindi opportuno indagare quali impegni argomentativi assuma una corte quando sceglie di seguire ciascuno di questi percorsi, precisando a quali condizioni tale scelta è giustificata.

## 5. DOTTRINE GIUDIZIALI DEL DIRITTO COMPARATO

Se osserviamo la prassi giudiziale, risulta evidente come la giustificazione delle premesse dell'argomento comparatistico dipenda da alcune assunzioni generali relative alle caratteristiche e agli scopi della comparazione nel campo del diritto. Queste assunzioni fungono da «meta-regole interpretative»<sup>47</sup> nel ragionamento del giudice: indicano quale tra i diversi percorsi argomentativi descritti nel paragrafo precedente sia da preferire agli altri. La riflessione metodologica condotta dagli studiosi di diritto comparato negli ultimi decenni svolge un ruolo interessante a tal riguardo<sup>48</sup>. Le teorie del diritto comparato, o alcuni frammenti di esse, vengono infatti usate dalle corti come direttive interpretative di preferenza nella selezione della versione dell'argomento comparatistico da adottare in un certo contesto decisionale. Un precisazione è qui d'obbligo: non sto sostenendo che le corti, nella motivazione delle loro decisioni, si impegnano in discussioni relative alle caratteristiche distintive del

46. *Mohamed*, cit., § 30.

47. Si veda J. Wróblewski, 1969, 9.

48. Non è possibile in questa sede ricostruire, anche per sommi casi, il dibattito metodologico odierno nel campo degli studi di diritto comparato. Sebbene non manchi chi ritiene che la riflessione metodologica in questo ambito di studi abbia un impatto «negativo e normalizzante» e debba dunque essere tralasciata (P. Legrand, 1988, 789), è innegabile che negli ultimi venticinque anni le prese di posizione di tipo metodologico siano fiorite in modo assai rigoglioso tra i comparatisti. Per una quadro d'insieme di questo fitto dibattito si vedano: M. Van Hoecke, 2004; O. Brand, 2007; P. Legrand, R. Munday, 2011; P. G. Monateri, 2012; M. Adams, D. Heirbaut, 2014; L. Geoffrey, 2014.

diritto comparato, ai suoi fini conoscitivi o al metodo che il comparatista dovrebbe adottare. Banalmente, le corti prendono a prestito frammenti del dibattito teorico e filosofico su questi temi e li usano, esplicitamente o implicitamente, per giustificare le premesse del ragionamento comparatistico. Questi frammenti di discorso vengono cioè decontestualizzati e utilizzati come delle vere e proprie «dottrine giudiziali del diritto comparato», le quali forniscono la ragioni «ultime» dell'argomento comparatistico, non ritenute bisognose di ulteriore giustificazione. Sotto questo profilo, tre sono le posizioni rinvenibili in giurisprudenza: la dottrina *universalistica*, *genetica* e *riflessiva*. Eccone una sintetica caratterizzazione.

(D1) *Dottrina universalistica del diritto comparato*. Questa dottrina si fonda su due tesi: 1. il diritto è un insieme di norme e di istituzioni create per rispondere ad esigenze sociali; 2. le esigenze alle quali il diritto è chiamato a rispondere, come pure i principi che dovrebbero presiedere ai suoi contenuti, sono comuni a tutte le società governate dal diritto, o perlomeno alla maggior parte di esse. Queste tesi sottendono una teoria funzionalistica dell'agire sociale, che individua un insieme di proprietà funzionali comuni alle condotte dei membri di qualsivoglia compagine sociale<sup>49</sup>, oppure in una teoria cosmopolitica dei principi giuridici, che riconosce l'esistenza di beni e fini collettivi comuni all'intero genere umano, i quali dovrebbero ispirare i contenuti di qualsivoglia ordinamento giuridico<sup>50</sup>. In entrambi i casi, l'approccio universa-

49. Secondo l'approccio funzionalista classico, «sistemi giuridici differenti forniscono la medesima soluzione, o soluzioni assai simili, anche nel dettaglio, ai medesimi problemi sociali, a dispetto del fatto che questi sistemi presentano una diversa evoluzione storica, struttura concettuale, e modalità operative distinte» (K. Zweigert, H. Kötz, 1998, 36). In questa prospettiva, le differenze tra gli ordinamenti sono considerate il frutto di fatti contingenti; qualora si considerino le proprietà funzionali delle norme e degli istituti giuridici, risulta facile individuare la soluzione giuridica di un certo problema sociale ricorrente in qualsivoglia compagine sociale che risulta «chiaramente superiore» a tutte le altre (ivi, 46). Si veda sul punto anche U. Mattei, 1997, 144. Ciò non esclude che il diritto possa svolgere funzioni sociali diverse potenzialmente in conflitto tra loro: si veda A. Peter, H. Schwenke, 2000, 828.

50. Gli studi comparatistici caratterizzano la fonte di questi principi in modi diversi. Secondo un approccio cosmopolitico in senso «forte», i principi comuni a tutti gli ordinamenti costituirebbero una precondizione dell'esistenza del diritto, o perché essi rendono il diritto concettualmente possibile o perché la conformità a tali principi costituisce un presupposto dell'agire umano, indipendentemente dalle concezioni del bene e dal piano di vita di ciascun individuo. Cfr. P. Häberle, 2002, e C. Corradetti, 2009, 41. Al contrario, il cosmopolitismo in senso «debole» sostiene che i principi comuni a tutti gli ordinamenti siano il risultato di un processo deliberativo di tipo epistemico: essi emergono mediante il controllo incrociato e la discussione pubblica delle scelte collettive, in maniera analoga a quanto accade nel campo delle scienze naturali: cfr. J. Fedtke, 2006, 82. Simile è la posizione di chi ritiene che il diritto comparato sia d'aiuto per individuare la soluzione di un problema giuridico epistemicamente corretta sotto il profilo morale in quanto risultato della riflessione svolta non da una sola corte ma da un insieme il più ampio possibile di corti: cfr. E. Posner, C. Sunstein, 2006.

lista conduce a individuare caratteristiche comuni a diversi ordinamenti, le quali fungono da *tertium comparationis* nell'uso dell'argomento comparatistico; questo approccio consente inoltre di costruire una gerarchia tra le soluzioni alternative di un medesimo problema giuridico ovvero tra mezzi diversi per conseguire un certo fine morale o politico. In sede di giudizio, il giudice dovrà scegliere la norma che comparativamente meglio soddisfa l'esigenza sociale che fa da sfondo al caso, ovvero la norma che meglio realizza il principio giuridico su cui la disciplina si fonda.

Questa dottrina della comparazione giustifica sia il ricorso all'argomento teleologico (C1) sia il ricorso dell'argomento per principi (C2) al fine di fondare la preferenza accordata alla norma straniera da usare come premessa dell'argomento comparatistico. Nel primo caso, i giudici adottano un approccio funzionalista nello sviluppo dell'argomento; nel secondo caso, fanno proprio un approccio cosmopolitico. Concepire le norme giuridiche come risposte a problemi sociali universali, o come mezzi per realizzare principi comuni a tutta l'umanità, permette di indentificare quale norma straniera debba essere comparata con la norma domestica e di individuare la migliore soluzione della controversia. Qualora il giudice aderisca a questa dottrina, la sua decisione sarà indirizzata, tendenzialmente, a riformare il diritto domestico in vista della costruzione di un diritto globale: la decisione giudiziale si trasforma in un'attività la cui rilevanza politica e morale trascende i confini del singolo ordinamento per abbracciare i confini del mondo<sup>51</sup>.

(D2) *Dottrina genetica del diritto comparato*. Secondo tale posizione, il diritto comparato mostra come le norme e gli istituti giuridici di un ordinamento si sviluppino nel tempo in stretta relazione all'evoluzione di altri ordinamenti. Gli ordinamenti giuridici spesso nascono infatti da una base sociale e culturale comune ma, nel proseguo della loro storia, si differenziano l'uno dall'altro per effetto di fattori di tipo contestuale. Questa fonte comune può essere vista come una base sostanziale per la comparazione: se un ordinamento deriva per gemmazione da un altro ordinamento, o ha mutuato da esso taluni dei suoi contenuti, allora la comparazione è possibile e può fornire informazioni utili al giudice per prevedere l'evoluzione di una data disciplina o le sue conseguenze pratiche<sup>52</sup>. Se inteso in questo modo, il diritto comparato

51. La versione funzionalista della dottrina universalistica è adottata in *Atkins*, cit., 310. Una dottrina universalista di stampo cosmopolitico è invece sottoscritta dai giudici in *S. v. Walters* [2002] CCT 28/01 ZACC 6, § 52.

52. Le principali fonti di questa dottrina sono costituite dalla teoria del *legal transplant* elaborata da Alan Watson (1974) e dal *Legal Formants Approach* proposto da Rodolfo Sacco e dai suoi allievi (1991; P. G. Monateri, R. Sacco, 1998) Sulla base delle sue ricerche dedicate alla tradizione giusromanistica, Watson affermò che i grandi mutamenti dei regimi giuridici avvengono di solito per effetto del «trapianto» di norme da un ordinamento all'altro, giustificato dal prestigio e dal valore riconosciuto a un determinato *corpus* normativo. Questo fenomeno caratterizze-

giustifica l'uso di soluzioni giuridiche elaborate in altri ordinamenti qualora questi abbiano affinità storico-genetiche con l'ordinamento domestico. Esiste, tuttavia, una diversa versione della dottrina genetica, secondo la quale le differenze sociali e culturali tra i contesti giuridici sono incolmabili, anche nel caso questi condividono le medesime origini storiche o un ordinamento abbia «preso in prestito» parte dei suoi contenuti da altri ordinamenti. Tale posizione sottende la tesi secondi cui l'esperienza giuridica di una comunità non sia riproducibile<sup>53</sup>; essa si oppone dunque all'ideale di un diritto globale uniforme, sotto il quale si nasconderebbe, in realtà, la pretesa di dominio di una certa cultura giuridica sulle altre. Pertanto, l'approccio genetico giustifica sia un uso *positivo* sia un uso *negativo* dell'argomento comparatistico basato su ragioni storico-genetiche (C4): quando viene usata in modo negativo, questa dottrina conduce i giudici a negare la rilevanza del diritto straniero nella decisione giudiziale o ad usare l'argomento comparatistico per differenziare l'ordinamento giuridico domestico da altri ordinamenti<sup>54</sup>; al contrario, la versione positiva di questa dottrina giustifica il «trapianto» di una soluzione giuridica straniera all'interno dell'ordinamento domestico<sup>55</sup>. L'approccio genetico può inoltre giustificare il ricorso all'argomento consequenzialistico (C3), a sua volta usato sia per individuare la norma straniera meritevole di considerazione sia per negare che una certa norma straniera meriti attenzione.

(D3) *Dottrina riflessiva del diritto comparato*. Secondo questa dottrina la comparazione consente al giudice di acquisire maggiore distacco rispetto all'ordinamento nel quale egli esercita la propria giurisdizione, consentendogli di meglio comprendere le sue caratteristiche. Come ha notato Mary Ann Glendon, «il diritto comparato non fornisce modelli o soluzioni. La consapevolezza dell'esperienza straniera conduce ad acquisire una forma di auto-comprensione che costituisce un primo necessario requisito per elaborare un nostro approccio ai nostri problemi»<sup>56</sup>. In altre parole, la comparazione è utile ai giudici perché consente loro di riconoscere false esigenze domestiche, di prevedere le conseguenze di una certa decisione, di individuare i fini di politi-

rebbe l'intero corso della storia e sarebbe indipendente da fattori contingenti. La scuola inaugurata da Rodolfo Sacco pone invece l'accento sulle fonti istituzionali del diritto (i cosiddetti «formanti» giuridici, costituiti da disposizioni normative, decisioni giudiziali e opinioni dei giuristi), intesi come strumenti di lotta tra élite sociali in competizione tra loro. Compito del diritto comparato è studiare le relazioni tra i dispositivi di regolazione sociale prodotti da queste fonti e le dinamiche storiche del loro «trapianto» da un regime giuridico all'altro.

53. Cfr. O. Kahn-Freund, 1974, 7.

54. Cfr. *Printz*, cit., 921, § 11; *Stanford v. Kentucky*, 492 us 361 (1989), 369; *Thompson*, cit., 868 (opinione dissenziente del giudice Scalia); *R v. Rahey* [1987] 1 scr 588, 639.

55. Si vedano, tra gli altri, *United States v. Then*, 56 F3d 464 (1995), 469 (opinione dissenziente del giudice Calabresi); *Knight v. Florida*, 528 us 990 (1999), 997 (opinione dissenziente del giudice Breyer).

56. M. A. Glendon, 1989, 142.

ca del diritto da perseguire. Qualora l'attenzione venga posta sull'uso dell'argomento comparatistico, si possono identificare due versioni della dottrina riflessiva. La prima, che potremmo denominare «interna», sostiene che nel considerare il diritto straniero i giudici non devono aspirare a uniformare gli ordinamenti giuridici ma semplicemente ad acquisire maggiore consapevolezza del contesto domestico in cui operano<sup>57</sup>. La seconda versione della teoria riflessiva, che potremmo chiamare «esterna», muove invece dall'assunto secondo il quale, nell'epoca della globalizzazione, gli individui «sono sempre più esposti a condizionamenti culturali simili se non identici» e si trovano spesso ad affrontare i medesimi problemi politici e sociali, come ad esempio il cambiamento climatico e la lotta al terrorismo<sup>58</sup>. Questo fenomeno tende a favorire uno sviluppo parallelo della legislazione e della giurisprudenza all'interno dei diversi ordinamenti senza con questo neutralizzare le loro differenze. In questa prospettiva, il diritto comparato non è semplicemente un mezzo di auto-riflessione per il giudice, ma può fornire una visione più chiara e precisa di alcune linee di sviluppo del diritto su scala globale.

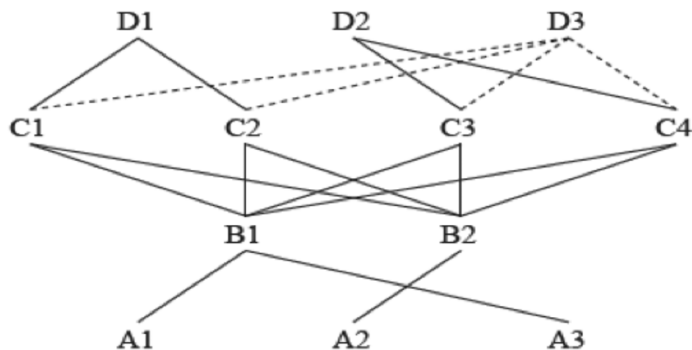
Quando viene utilizzato come una dottrina normativa, l'approccio riflessivo non permette ai giudici di «prendere in prestito soluzioni giuridiche adottate altrove né di trapiantare una disciplina giuridica» da un ordinamento all'altro: le norme giuridiche di altri ordinamenti non possono essere usate per colmare le lacune né per interpretare il diritto domestico. La comparazione può solo avere un effetto indiretto sulla decisione del giudice, chiarendo il contesto domestico o globale nel quale la decisione si colloca. Con riguardo alla giustificazione delle norme straniere da considerare in sede di comparazione, la dottrina riflessiva autorizza l'uso di una vasta gamma di tecniche argomentative. Essa giustifica il ricorso all'argomento teleologico (C1), all'argomento per principi (C2), all'argomento consequenzialistico (C3) e all'argomento storico-genetico (C4). Allo stesso tempo, tuttavia, questa dottrina riconfigura radicalmente il modo in cui la comparazione deve essere condotta: essa, infatti, indebolisce la relazione di coerenza tra norme straniere e norme domestiche sulla quale l'argomento comparatistico si fonda, e conduce a concepire il diritto straniero come una semplice fonte di ispirazione per i giudici<sup>59</sup>.

57. Cfr. E. Øyen, 1990; P. Legrand, 2003. Secondo questo approccio, «le analogie e le presunzioni di somiglianza devono essere abbandonate in modo da favorire una genuina percezione della distanza e della differenza [tra ordinamenti]» (G. Frankenberg, 1985, 453). Detto in altri termini, il fine della comparazione consiste nel «rendere il [suo] oggetto a noi estraneo» (J. M. Balkin, S. Levinson, 1998, 1005). Per una discussione critica di questo approccio si veda G. Zaccaria, 1996.

58. R. Dixon, 2008, 961. Si veda sul punto anche M. Tushnet, 1999, 1285.

59. Un approccio normativo di questo tipo è adottato dal giudice Kriger in *Du Plessis v. De Klerk* [1996] (3) SALR 850 (CC), 911-8. Per un'analisi di questa decisione si veda S. Choudhry, 1999, 859-60.

Sulla base dell'analisi fin qui proposta, è possibile rappresentare la struttura inferenziale dell'argomento comparatistico, considerato nelle sue diverse versioni, mediante il seguente diagramma:



Il diagramma illustra le condizioni di giustificazione dell'argomento nella giurisprudenza contemporanea. Queste condizioni possono essere descritte come catene di ragionamenti, articolati inferenzialmente, che individuano i percorsi argomentativi che una corte può seguire per giustificare, in modo soddisfacente ed esaustivo, la propria decisione mediante l'ausilio della comparazione giuridica<sup>60</sup>. Ciascun livello del diagramma (A, B, C, D) identifica una scelta discrezionale che il giudice è chiamato a compiere qualora egli ricorra a questa tecnica argomentativa. Il livello (A) concerne la scelta di una delle tre versioni di base dell'argomento: interpretativa positiva, interpretativa negativa e integrativa; il livello (B) concerne, invece, la scelta della relazione di somiglianza tra le norme oggetto di comparazione; il livello (C) riguarda l'individuazione dell'argomento idoneo a giustificare la norma di diritto straniero utilizzata come premessa dell'argomento; il livello (D), infine, concerne l'adesione del giudice alla dottrina del diritto comparato su cui fondare le scelte discrezionali precedenti.

Il diagramma può essere letto sia dal basso verso l'alto sia in senso opposto. Se lo si legge partendo dal basso, esso mostra a quali condizioni la versione

60. Da un punto di vista pragmatico, queste condizioni rendono espliciti gli impegni argomentativi che un giudice assume, di fronte all'uditorio composto dai rappresentanti legali delle parti e dagli altri giudici che potrebbero essere chiamati a giudicare il caso, quando usa il ragionamento comparatistico. Proferendo (A1), ad esempio, una corte compie una sequenza di atti linguistici che la impegna a (B1) e che è incompatibile con (B2); l'impegno a (B2) può essere soddisfatto proferendo (C1), (C2), (C3) o (C4). Nel caso la corte proferisca (C1), essa si impegna a (D1) o a (D3), che sono incompatibili con (D2).

interpretativa positiva, interpretativa negativa e integrativa dell'argomento sono rispettivamente giustificate. Ciò consente di evidenziare quali impegni argomentativi il giudice si assuma usando ciascuna versione dell'argomento, e come questi impegni possano essere soddisfatti qualora venga chiesto al giudice di giustificare la scelte discrezionali ricordate in precedenza. Ad esempio, l'uso della versione interpretativa positiva dell'argomento (A1) è giustificato quando la norma domestica e la norma straniera sono simili in modo rilevante (B1); la scelta della norma straniera da usare come premessa può essere a sua volta giustificata, alternativamente o congiuntamente, mediante l'argomento teleologico (C1), l'argomento per principi (C2), l'argomento consequenzialista (C3) e/o l'argomento storico-genetico (C4). Se la scelta avviene sulla base dell'argomento teleologico, allora la corte aderisce a una dottrina universalistica (D1) o a una dottrina genetica (D2) del diritto comparato (si noti che la relazione inferenziale di C1, C2, C3, C4 con D3 è marcata da una linea tratteggiata; questo perché la dottrina riflessiva non giustifica, in senso stretto, gli usi interpretativi e integrativi dell'argomento). Una lettura del diagramma che va dall'alto verso il basso mette invece in evidenza in che modo l'adesione a una determinata dottrina del diritto comparato condizioni il percorso argomentativo del giudice e le scelte che questi compie, in sede di motivazione della sentenza, quando fa uso dell'argomento comparatistico.

Vale la pena sottolineare come le condizioni di giustificazione ricostruite in questo saggio non siano riducibili alle condizioni di validità logica di un argomento, né discendano dai principi generali dell'interazione linguistica che governano una situazione comunicativa ideale<sup>61</sup>, né veicolino valutazioni di tipo morale o politico con riguardo all'uso del diritto straniero da parte delle corti. Queste condizioni sono state ricostruite esaminando il modo in cui i giudici di fatto motivano le loro decisioni ed elaborando regole e modelli argomentativi capaci di spiegare questa pratica. Si tratta dunque di condizioni *a posteriori e rivedibili*, sebbene esse descrivano regole e modelli di giustificazione solitamente di lunga durata, che contribuiscono a identificare una tradizione giuridica o addirittura un'epoca del diritto. Questi standard operano nel discorso dei giudici al modo di «ragioni infrastrutturali»<sup>62</sup> nella motivazione della sentenza: essi modellano il processo argomentativo stabilendo il suo punto d'inizio, i suoi passaggi obbligati, e selezionando al contempo le conclusioni ammissibili. Lo studio di queste ragioni consente di distinguere gli usi appropriati o corretti di un argomento da quelli inappropriati o scorretti, rendendo possibile per un verso il controllo della motivazione, per altro verso l'esplicitazione delle sue premesse, a tutto beneficio dei destinatari della decisione, degli altri giudici, dell'opinione pubblica. Il diagramma appena traccia-

61. Cfr. R. Alexy, 1983, cap. 3.

62. M. Bratman, 1987, 180.

to può dunque essere inteso come una sorta di mappa di una porzione circoscritta, ma non di meno significativa, dello «spazio delle ragioni» nel quale il discorso giudiziale trova articolazione. Tali ragioni non costituiscono un mero supporto retorico all'attività del giudice, ma sono piuttosto un elemento costitutivo di ciò che il diritto di fatto è<sup>63</sup>.

C'è ancora un punto da considerare a conclusione di questo saggio. Abbiamo visto che le dottrine del diritto comparato implicitamente o esplicitamente abbracciate dai giudici non sono neutrali: le corti traggono spunto da dibattiti teorici che riguardano la natura e lo scopo della comparazione giuridica per giustificare la loro decisione. Questo ha alcune interessanti implicazioni con riguardo al rapporto tra teoria e prassi giuridica. Consideriamo, ad esempio, le dottrine della «fertilizzazione incrociata» e del «dialogo tra le corti» menzionate in apertura, le quali sottendono, tipicamente, una dottrina universalistica del diritto comparato. A ben vedere, queste dottrine operano nel ragionamento giuridico al modo di profezie che si auto-avverano<sup>64</sup>. La spiegazione teorica di ciò che accade quando una corte compara il diritto domestico col diritto straniero si trasforma in una predizione delle conseguenze prodotte da questa attività, che è la corte stessa ad avverare. Questo perché i giudici usano le spiegazioni teoriche del diritto comparato, rinvenibili nel discorso dei comparatisti, come premesse normative della loro decisione, generando quel medesimo fenomeno che le teorie pretenderebbero di descrivere. Quando questo accade, le teorie sono usate come meta-norme dell'argomentazione, che consentono di sostenere talune scelte giudiziali e di rigettarne altre. Affermare, dunque, che l'uso dell'argomento comparatistico conduce le corti ad armonizzare i rispettivi ordinamenti e a porre le basi per un diritto globale, potrebbe essere una strategia efficace per far sì che questo accada davvero in un prossimo futuro.

## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AARNIO Aulis, 1977, *On Legal Reasoning*. Turun Yliopisto, Turku.
- ADAMS Maurice, HEIRBAUT Dirk (eds.), 2014, *The Method and Culture of Comparative Law. Essays in Honour of Mark Van Hoecke*. Hart, Oxford-Portland.
- ALCHOURRÓN Carlos E., BULYGIN Eugenio, 1981, «The Expressive Conception of Norms». In *New Essays in Deontic Logic*, edited by Risto Hilpinen, 95-124. Reidel, Dordrecht.
- ALEXY Robert, 1983, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Suhrkamp, Frankfurt a.M.

63. Ho sostenuto questa tesi in modo più esteso in D. Canale, G. Tuzet, 2014. La nozione di «spazio delle ragioni» è stata introdotta nel dibattito filosofico da W. Sellars, 1997, § 36.

64. Su questa nozione si veda R. K. Merton, 1968, 477.

- ANNUS Taavi, 2004, «Comparative Constitutional Reasoning: The Law and Strategy of Selecting the Right Arguments». *Duke Journal of Comparative & International Law*, 14: 301-50.
- BALKIN Jack M., LEVINSON Sanford, 1998, «The Canons of Constitutional Law». *Harvard Law Review*, 111: 963-1024.
- BEATTY David, 1997, «The Canadian Charter of Rights: Lessons and Laments». *The Modern Law Review*, 60: 481-98.
- BOBEK Michal, 2013, *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*. Oxford University Press, Oxford.
- BRAND Oliver, 2007, «Conceptual Comparisons: Towards a Coherent Methodology of Comparative Legal Studies». *Brooklyn Journal of International Law*, 32: 405-66.
- BRANDON Robert B., 2008, *Between Saying and Doing. Toward an Analytic Pragmatism*. Oxford University Press, Oxford.
- BRATMAN Michael, 1987, *Intention, Plans and Practical Reason*. Harvard University Press, Cambridge.
- BRONAUGH Richard, 1987, «Persuasive Precedent». In *Precedents in Law*, edited by Laurence Goldstein, 217-47. Clarendon Press, Oxford.
- CANALE Damiano, 2013, «Il ragionamento giuridico». In *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, a cura di Giorgio Pino, Aldo Schiavello, Vittorio Villa, 316-51. Giappichelli, Torino.
- ID., 2015. «Comparative Reasoning in Legal Adjudication». *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 28, 1: 5-27.
- CANALE Damiano, TUZET Giovanni, 2012a, «The A Simili Argument: An Inferentialist Setting». *Ratio Juris*, 22: 499-509.
- ID., 2012b, «Use and Abuse of Intratextual Argumentation in Law». *Cogency*, 3: 33-52.
- ID., 2014, «Intenzioni del legislatore e ragionamento controfattuale». *Analisi e diritto*: 195-209.
- CARACCILO Ricardo, 2009, *El derecho desde la filosofía. Ensayos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- CHOUDHRY Sujit, 1999, «Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation». *Indiana Law Journal*, 74: 819-92.
- CORRADETTI Claudio, 2009, «Can Human Rights Be Exported? On the Very Idea of Human Rights Transplantability». In *New Directions in Comparative Law*, edited by Antonina B. Engelbrekt, Joakim Nergelius, 40-55. Edward Elgar, Cheltenham-Northampton.
- DAVIS Martha F., 2013, «Shadow and Substance: The Impacts of the Anti-international Law Debate on State Court Judges». *New England Law Review*, 47: 631-52.
- DE VERGOTTINI Giuseppe, 2012, *Oltre il dialogo tra le corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*. Il Mulino, Bologna.
- DIXON Julie, 2008, «How Many Legal Systems? Some Puzzles Regarding the Identity Conditions of, and the Relations between, Legal Systems in the European Union». *Problema. Anuario de filosofía e teoría del derecho*, 2: 9-50.
- DIXON Rosalind, 2008, «A Democratic Theory of Constitutional Comparison». *The American Journal of Comparative Law*, 56: 947-98.

- DWORKIN Ronald, 1977, *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, Cambridge.
- EEMEREN Frans H. van, 2010, *Strategic Maneuvering in Argumentative Discourse. Extending the Pragma-dialectical Theory of Argumentation*. Benjamins, Amsterdam-Philadelphia.
- EEMEREN Frans H. van, GROOTENDORST Rob, 1992, *Argumentation, Communication, and Fallacies. A Pragma-dialectical Perspective*. Lawrence Erlbaum, Hillsdale.
- IDD., 2004, *A Systemic Theory of Argumentation. The Pragma-dialectical Approach*. Cambridge University Press, Cambridge.
- ENDICOTT Timothy, 2012, «Legal Interpretation». In *The Routledge Companion to the Philosophy of Law*, edited by Andrei Marmor, 109-22. Routledge, New York.
- ESKRIDGE William N. Jr., 2004, «United States: *Lawrence v. Texas* and the Imperative of Comparative Constitutionalism». *International Journal of Constitutional Law*, 2: 555-60.
- FEDTKE Jörg, 2006, *Judicial Recourse to Foreign Law. A New Source of Inspiration?* Routledge, New York.
- FONTANA David, 2001, «Refined Comparativism in Constitutional Law». *UCLA Law Review*, 49: 539-623.
- FRANKENBERG Günter, 1985, «Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law». *Harvard International Law Journal*, 26: 411-56.
- GELTER Martin, SIEMS Mathias M., 2014, «Citations to Foreign Courts – Illegitimate and Superfluous, or Unavoidable? Evidence from Europe». *The American Journal of Comparative Law*, 62: 35-85.
- GEOFFREY Samuel, 2003, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*. Hart, Oxford-Portland.
- GLENDON Mary A., 1989, *Abortion and Divorce in Western Law*. Harvard University Press, Cambridge.
- GREEN Leslie, 1990, *The Authority of the State*. Clarendon Press, Oxford.
- GROPPI Tania, PONTTHOREAU Marie-Clair (eds.), 2013, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*. Hart, Oxford-Portland.
- GUASTINI Riccardo, 2014, *La sintassi del diritto*, II ed. Giappichelli, Torino.
- HÄBERLE Peter, 2002, *Europäische Verfassungslehre*. Nomos, Baden-Baden.
- HART Herbert L. A., 1958, «Legal and Moral Obligation». In *Essays in Moral Philosophy*, edited by Abraham I. Melden, 82-107. University of Washington Press, Seattle.
- ID., 1982, *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*. Oxford University Press, Oxford.
- ID., 1994<sup>2</sup>, *The Concept of Law*. Clarendon Press, Oxford.
- JACKSON Vicki, 2010, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Oxford University Press, Oxford.
- KAHN-FREUND Otto, 1974, «On Uses and Misuses of Comparative Law». *Modern Law Review*, 37: 1-27.
- KHOSLA Madhav, 2011, «Inclusive Constitutional Comparison: Reflections on India's Sodomy Decision». *The American Journal of Comparative Law*, 59: 909-34.
- KUMM Mattias, 2005, «The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty». *European Law Journal*, 11: 262-307.

- LEGRAND Pierre, 1988, «Beyond Method: Comparative Law As Perspective». *American Journal of Comparative Law*, 36: 788.
- ID., 2003, «The Same and the Different». In *Comparative Studies: Traditions and Transitions*, edited by Pierre Legrand, Roderick Munday, 240-311. Cambridge University Press, Cambridge.
- LEGRAND Pierre, MUNDAY Roderick (eds.), 2011, *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. Cambridge University Press, Cambridge.
- LENAERTS Koen, 2003, «Interlocking Legal Orders in the European Union and Comparative Law». *International and Comparative Law Quarterly*, 52: 873-906.
- LOLLINI Andrea, 2012a, «Il diritto straniero nella giurisprudenza costituzionale: metodi “forte” e “debole” a confronto». *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 61: 973-1017.
- ID., 2012b, «The South African Constitutional Court Experience. Reasoning Patterns Based on Foreign Law». *Utrecht Law Review*, 8: 55-87.
- LUND Nelson, MCGINNIS John O., 2004, «Lawrence v. Texas and Judicial Hubris». *Michigan Law Review*, 102: 1555-1614.
- MACCORMICK Neil, 2002, *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*. Oxford University Press, Oxford.
- MACCORMICK Neil, 2009, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*. Oxford University Press, Oxford.
- MADURO Miguel P., 2007, «Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism». *European Journal of Legal Studies*, 1: 1-21.
- MARKESINIS Basil, 2004, *Comparative Law in the Courtroom and Classroom: The Story of the Last Thirty-Five Years*. Hart, Oxford-Portland.
- MARKESINIS Basil, FEDTKE Jörg, 2005-2006, «The Judge as Comparatist». *Tulane Law Review*, 80: 11-167.
- IDD., 2009, *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato* (2006), trad. it. di Anna Taruffo. Il Mulino, Bologna.
- MARKWICK Paul, 2000, «Law and Content-Independent Reasons». *Oxford Journal of Legal Studies*, 20: 579-96.
- MATTEI Ugo, 1997, *Comparative Law and Economics*. University of Michigan Press, Ann Arbor.
- MERTON Robert K., 1968, *Social Theory and Social Structure*. The Free Press, New York.
- MONATERI Pier Giuseppe (ed.), 2012, *Methods of Comparative Law*. Edward Elgar, Cheltenham-Northampton.
- MONATERI Pier Giuseppe, SACCO Rodolfo, 1998. «Legal Formants». In *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, edited by Peter Newman, vol. 2, 531-3. Macmillan, London.
- ØYEN Else, 1990, «The Imperfection of Comparisons». In *Comparative Methodology: Theory and Practice in International Social Research*, edited by Else Øyen, 1-18. Sage, London.
- PARRISH Austen L., 2007, «Storm in a Teacup: The US Supreme Court’s Use of Foreign Law». *University of Illinois Law Review*, 2: 637-80.

- PESCATORE Pierre, 1980, «Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres». *Revue internationale de droit comparé*, 32: 337-59.
- PETERS Anne, SCHWENKE Heiner, 2000, «Comparative Law beyond Post-Modernism». *International and Comparative Law Quarterly*, 49: 800-34.
- POSNER Eric, SUNSTEIN Cass, 2006, «The Law of Other States». *Stanford Law Review*, 59: 131-80.
- RAGHAVAN Vikram, 2009, «Navigating the Noteworthy and Nebulous in Naz Foundation». *NUJS Law Review*, 11: 397-417.
- RATTI Giovanni Battista, 2008, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*. Giappichelli, Torino.
- RAZ Joseph, 1980<sup>2</sup>, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*. Clarendon Press, Oxford.
- ID., 1986, *The Morality of Freedom*. Clarendon Press, Oxford.
- SACCO Rodolfo, 1991, «Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)». *The American Journal of Comparative Law*, 39: 1-34.
- SCALIA Antonin, 2004, «Foreign Legal Authority in the Federal Courts». *American Society of International Law Proceedings*, 98: 305-10.
- SCHAUER Frederick, 2008, «Authority and Authorities». *Virginia Law Review*, 94: 1931-61.
- ID., 2009, *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Harvard University Press, Boston-New York.
- ID., 2012, «On the Nature of the Nature of Law». *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 98: 457-67.
- SELLARS Wilfried, 1997, *Empiricism and the Philosophy of Mind* (1956), with an introduction by Richard Rorty and a study guide by Robert Brandom. Harvard University Press, Cambridge (Mass.).
- SLAUGHTER Anne-Marie, 2000, «Judicial Globalization». *Virginia Journal of International Law*, 40: 1103-24.
- TARELLO Giovanni, 1980, *L'interpretazione della legge*. Giuffrè, Milano.
- VAN HOECKE Mark (ed.), 2004, *Epistemology and Comparative Law*. Hart, Oxford-Portland.
- VELLUZZI Vito, 2002, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*. Giappichelli, Torino.
- TUSHNET Mark, 1999, «The Possibilities of Comparative Constitutional Law». *The Yale Law Journal*, 108: 1225-309.
- WALDRON Jeremy, 2012, «Partly Laws Common to All Mankind»: *Foreign Law in American Courts*. Yale University Press, New Haven.
- WALTON Douglas, 2008<sup>2</sup>, *Informal Logic. A Pragmatic Approach*. Cambridge University Press, Cambridge.
- WALTON Douglas, REED Chris, MACAGNO Fabrizio, 2010, *Argumentation Schemes*. Cambridge University Press, Cambridge.
- WATSON Alan, 1974, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. Scottish Academic Press, Edinburgh.
- WOODS John, WALTON Douglas, 1989, *Fallacies: Selected Papers 1972-1982*. De Gruyter, Berlin.

- WRÓBLEWSKI Jerzy, 1969, «Legal Reasoning in Legal Interpretation». In *Études de logique juridique*, sous la direction de Chaïm Perelman, 3-31. Bruylant, Bruxelles.
- ZACCARIA Giuseppe, 1996, «Profili ermeneutici della comparazione giuridica». In *Questioni di interpretazione*, 45-59. CEDAM, Padova.
- ZWEIGERT Konrad, KÖTZ Hein, 1998, *An Introduction to Comparative Law*. Oxford University Press, Oxford.